

УДК 343:347.9:316.48:348.97

DOI: <http://dx.doi.org/10.21202/1993-047X.10.2016.4.126-149>

А. КУЛЬМАН¹

Х. КУРИ²

¹ Университет штата Висконсин-Барабу, шт. Висконсин, г. Барабу, США

² Фрайбургский университет, г. Фрайбург, Германия

ВОССТАНОВИТЕЛЬНОЕ ПРАВОСУДИЕ КАК АЛЬТЕРНАТИВА УГОЛОВНЫМ НАКАЗАНИЯМ – УРОКИ ИСТОРИИ

Цель: анализ истории, становления и развития восстановительного правосудия (медиации).

Методы: диалектический подход к познанию социальных явлений, позволяющий проанализировать их в историческом развитии и функционировании в контексте совокупности объективных и субъективных факторов, который определил выбор следующих методов исследования: формально-логический, сравнительно-правовой, социологический.

Результаты: в статье представлен обзор основных положений и противоречий дискуссии вокруг проблемы восстановительного правосудия (медиации) в Европе и США. Особое внимание уделяется роли жертв и медиаторов. Дискуссия рассматривается через краткое описание истории систем восстановительного правосудия, как государственных, так и общественных, в отношении к нарушениям закона. Реакция на преступления в местных сообществах до образования государств носила преимущественно восстановительный характер с акцентом на возмещение ущерба всех сторон, решение социальных проблем и укрепление сообщества в целом.

Научная новизна: в статье впервые обосновано, что медиация первоначально возникла с целью помощи потерпевшим, она предлагала им возможность найти какое-то решение после опыта виктимизации, а также получить возмещение ущерба. Со временем исследования отчетливо показали, что этой цели можно достичь лишь при условии профессионального подхода. Большинство потерпевших высказывают мнение, что они выиграли от участия в медиации; что они получили возможность преодолеть эмоциональный и материальный вред, нанесенный преступлением, в большей степени, чем при традиционном уголовном процессе.

Практическая значимость: основные положения и выводы статьи могут быть использованы в научной и педагогической деятельности при рассмотрении вопросов о сущности, содержании и функционировании восстановительного правосудия (медиации).

Ключевые слова: уголовное право; восстановительное правосудие; медиация; карательное правосудие; местное правосудие; исламское право

Как цитировать статью: Кульман А., Кури Х. Восстановительное правосудие как альтернатива уголовным наказаниям – уроки истории // Актуальные проблемы экономики и права. 2016. Т. 10, № 4. С. 126–149. DOI: 10.21202/1993-047X.10.2016.4.126-149

Введение

Всего несколько лет назад John Braithwaite, один из основателей современного восстановительного правосудия, писал: «Из всех великих институтов, подаренных западной цивилизации эпохой Просвещения, ни один не обернулся таким провалом, как система уголовного наказания» [1, с. 12]. В качестве примера он сравнивает эту систему с медициной и вслед за McElrea [2, с. 12] делает вывод, что «... [система уголовного наказания] оказалась менее способной к

адаптации, чем другие институты, менее отзывчивой к изменениям ситуации, в которой она действует». Он называет (повторное) возникновение восстановительного правосудия одним из примеров таких изменений, продемонстрировавших свою обоснованность и способность к адаптации. Этот подход доказал свою эффективность в отношении более низких уровней преступности, перестройки материальных и финансовых потребностей жертвы, оздоровления всего сообщества и в целом более высокого уровня

удовлетворенности всех участников процесса¹. Любопытная черта этого явления в том, что оно в какой-то мере присутствовало в догосударственных формациях западных культур и в доколониальных традициях большинства аборигенных культур. Правосудие в аборигенных культурах Африки, Новой Зеландии, Ближнего Востока или Северной Америки дает прекрасные примеры функционирования в течение длительных периодов времени, но происхождение этих примеров часто остается непризнанным. Рассмотрение этой проблемы с точки зрения восстановительного правосудия доказывает: аборигенное правосудие потенциально более совершенно, что не умаляет таких преимуществ западного законодательства, как опора на доказательства, разделение полномочий, профилактика преступности [1, с. 13].

Восстановительное правосудие было «заново открыто» в последние десятилетия, о чем свидетельствует экспоненциальный рост исследований в этой области [5–9]. В средневековой Европе, как и в племенных сообществах в прошлом и сегодня, этот подход использовался при нарушениях местного законодательства. В огромном количестве эмпирических криминологических исследований за последние полвека было показано, что общепринятые государственные меры противодействия преступности, применяемые повсеместно в западных странах, не способны существенно снизить уровень преступности. Эти общепринятые меры традиционно включают в себя суровые формы наказания правонарушителей, при этом игнорируя потребности жертвы, используя ее только в качестве свидетеля в судебном процессе [10]. Новая академическая область «виктимология» привлекла внимание к тому, что жертва получает очень мало поддержки [11]. В международных эмпирических исследованиях было четко показано, что большинство жертв, возможно, кроме некоторых жертв особо тяжких преступлений, больше заинтересованы в возмещении ущерба, чем в суровом наказании преступника [12, 13]. Однако в большинстве случаев реакция государства на преступление никак не затрагивает интересы жертвы и широких масс населения, которые заинтересованы в восстановлении

мира в сообществе и снижении уровня конфликтов. Эти интересы более полно учитывает альтернативный подход, описываемый нами. Наказание преступников должно быть в большей степени направлено на изменение их поведения, включение их в жизнь общества, предотвращение рецидивов и уменьшение дальнейшей виктимизации.

Восстановительное правосудие представляет собой иной подход к достижению правосудия, чем традиционная судебная система. Судебная система опирается на карательные меры и не учитывает интересов жертвы, а восстановительное правосудие сосредоточивается на возмещении вреда, нанесенного преступлением, возвращении преступника в общество и предоставлении всем сторонам процесса (преступнику, жертве и обществу) возможности напрямую участвовать в осуществлении правосудия [14, с. 40].

Хотя данный процесс все более положительно оценивается всеми его участниками, законодатели и юристы в целом по-прежнему более ориентированы на карательные меры по отношению к преступности [15, 16]. Общественное мнение во многом определяется избирательным и необъективным освещением преступности в средствах массовой информации (см. [17–21]). В результате восстановительное правосудие воспринимается как «мягкая» мера, неспособная предотвратить преступление, в отличие от сурового наказания [16; 22, с. 240].

В то же время множество исследований демонстрируют контрпродуктивные последствия тюремного заключения, по крайней мере, в тех формах, как оно организовано в наши дни.

«Нет доказательств тому, что более суровое и более интенсивное наказание приводит к повышению безопасности и мира в обществе. Наоборот, чем больше социальная политика опирается исключительно на подавление и наказание, тем выше количество заключенных, уровень человеческих и финансовых затрат, ниже уровень морали, общественной безопасности качества общественной жизни» [23, с. 54] (см. также метаанализ Dölling et al. [24, 25]).

Wright отмечает: «Карательные меры не слишком эффективны в сдерживании преступников, но если преступление уже совершено, они удерживают преступника от признания своей вины» [26, с. 17]. Braithwaite подтверждает эту точку зрения: «Уголовное правосудие

¹ Обзор практики восстановительного правосудия в современных западных странах см. [3, 4].

со своей приверженностью к наказаниям становится, по сути, главным препятствием к установлению истины, поскольку поощряет отказ от признания» [27, с. 285]. Ostendorf [28, с. 25] отмечает: «Общество не рассматривает преступников ни в их социальном и родственном окружении, ни в конкретной ситуации преступления. Преступники олицетворяют зло, они совершают преступления без всякой причины. Преступление оказывается в центре внимания, затем оно переносится на преступника» (см. также [29]). Но при общении преступника и жертвы преступник вновь представляется/видится/становится человеком, то есть «если есть жертвы, то ответственность переходит то к одному, то к другому, как будто от одного вагона поезда к другому» [28, с. 24]. Такое непонимание возможностей восстановительного правосудия печально, оно не способствует выходу из ситуации. Ни одна из сторон не достигнет понимания динамики преступления и наказания, а значит, и помощи. Подходы с точки зрения наказания и реабилитации во многом ставят преступника в положение пассивной стороны, в то время как жертва и общество вообще исключаются из процесса. Восстановительная модель обращена к жертве, обществу и последствиям преступления. Традиционная система наказаний дает преступнику противоречивую информацию, сочетающую сигналы о карательных и реабилитационных мерах. Парадигма восстановительного правосудия, напротив, отличается ясностью и предлагает преступнику, жертве и обществу активные роли в разрешении конфликта. Традиционная карательная модель увеличивает ущерб, нанесенный преступником, создавая дополнительные проблемы для жертв и преступников; она обращена в прошлое и на личность преступника. Напротив, восстановительная модель сосредоточивается на настоящем и будущем с целью уменьшить эмоциональный и материальный ущерб.

Результаты исследования

Медиация и восстановительное правосудие

Растущий интерес к восстановительному правосудию привел к появлению ряда родственных, но не идентичных концепций, которые вносят неясность в обсуждение. В «Финальном отчете об исследованиях для Еврокомиссии» Weitekamp с соавт. так описаны результаты международного проекта Peacemaking Circles: «Область восстановительного правосудия вводит множество противоречивых терминов и определений, затрудняя понимание их значения, что, вероятно,

является следствием опережающего развития практических подходов в этой области по сравнению с теоретическим обоснованием». Противопоставляются термины «восстановительное правосудие», «медиация между преступником и жертвой» (далее – МПЖ) и «совещательность» [30, с. 7]. Комитет министров Совета Европы² [30, с. 11] определяет медиацию как «любой процесс, в котором жертва и преступник получают возможность, при условии их свободного согласия, активно участвовать в разрешении проблем, возникших в результате совершения преступления, при помощи незаинтересованной третьей стороны (медиатора)». Медиация между преступником и жертвой рассматривается как часть восстановительного правосудия по определению ООН: «Под восстановительным процессом понимается любой процесс, при котором жертва и преступник, а также при необходимости другие лица или члены сообщества, затронутые преступлением, совместно активно участвуют в разрешении проблем, возникших в результате совершения преступления, обычно при помощи посредника. Восстановительный процесс может включать в себя медиацию, примирение, совещания и переговоры» [31].

Толкование концепции медиации может отличаться в разных правовых системах. Нопт и Steffek [32, с. 13] дают самые основные характеристики медиации: 1. Существование конфликта. 2. Добровольное участие в разрешении конфликта. 3. Систематическое содействие в коммуникации между сторонами. 4. Принятие [сторонами] ответственности за решение при отсутствии у медиатора права принимать решение.

Добровольность представляется особенно важной характеристикой в данном вопросе, поскольку соглашения, основанные на медиации, практически никогда не могут осуществляться силой. Противоречивым аспектом медиации остается также роль посредника и его право принимать решения, точнее, отсутствие такого права [32, с. 12]. В результате соглашение о разрешении конфликта остается ответственностью сторон. Посредник, играющий важную роль в разрешении конфликта, должен быть хорошо подготовленным и опытным. Как в психотерапии, результат медиации во многом зависит от взаимоотношений

² Council of Europe, Committee of Ministers (1999). Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters. Strasbourg: Council of Europe.

специалиста (медиатора) и его клиентов [33, с. 775]. Опыт межличностного общения, умение быть понятым и принятым – важнейшие факторы разрешения конфликта [34]. В разных странах придерживаются различных мнений о том, может ли медиатор предлагать решение конфликта.

Обсуждаются также границы применимости данного метода; медиацию нельзя ограничивать лишь рамками уголовных дел, так как большинство социальных конфликтов не могут быть разрешены правовыми институтами. Важно понимать, что медиация уменьшает уровень конфликтности не только в отношении уголовно наказуемых, но и уголовно не наказуемых деяний, например социальных конфликтов. Большинство специалистов признают, что медиация способна решить социальные конфликты, тогда как законные меры несут лишь вспомогательные функции. Медиация опробована на широком круге ситуаций, включая войны (см. о Руанде [35]), проблемы насилия в школах и семьях [36, 37].

Систематическое содействие в коммуникации между сторонами силами медиатора – это ключевая тема обсуждений в контексте доверия к процедуре и нейтральности медиатора. Все правовые системы признают, что медиация оказывает положительное влияние через эффективную коммуникацию при поддержке специально обученных профессионалов в тех случаях, когда спонтанное участие сторон в разрешении конфликта не привело к результату. При этом растущая популярность медиации отражается в профессиональном ее определении в таком популярном источнике, как «Википедия», где указано, что медиация – это «одна из форм альтернативного урегулирования споров (англ. *alternative dispute resolution*, *ADR*), способ разрешения конфликтов между двумя или более сторонами, приводящий к конкретному результату. Как правило, в медиации участвует третья сторона – медиатор, помогающий сторонам выработать соглашение... Термин "медиация" в широком смысле относится к любой инстанции, в которой третья сторона помогает другим достичь соглашения»³.

Итак, использование медиации имеет ряд преимуществ. Оно снижает затраты, поскольку процесс обычно происходит быстрее, чем при стандартном

обращении к закону. Уровень рецидивов, как правило, ниже, чем при обычном наказании. Защищена конфиденциальность участников, поскольку в процессе медиации задействованы только стороны конфликта и посредник в отличие от публичного характера судебного процесса. Это также предполагает, что участники сохраняют контроль над принятием решения, тогда как в обычном суде этот контроль находится в руках судьи или присяжных. Высок уровень соблюдения достигнутой договоренности, поскольку решения вырабатываются и принимаются совместно. Совместность сама по себе является одной из характеристик медиации. Сам факт того, что стороны согласились работать вместе, в корне меняет сущность конфликта. Специально обученные медиаторы и беспристрастные фасилитаторы помогают участникам процесса.

Braithwaite, один из основоположников современной медиации, подчеркивая важное различие между медиацией и восстановительным правосудием, отмечает: «Медиация, проводимая исключительно между жертвой и преступником, может быть описана как "восстановительный процесс", но при этом исключаются другие заинтересованные стороны, например, члены семьи преступника» [38, с. 497]. Menting с соавт. отмечают: «Неоспорима роль семьи в этиологии преступности» [39, с. 413]. Mowen и Vishet в своем исследовании показали, что «снижение барьеров при семейных контактах – особенно затрат на посещения и при получении разрешений на посещения – приводит к положительным изменениям во внутрисемейных взаимоотношениях заключенных. Кроме того, развитие программ помощи лицам с психическими заболеваниями по поддержанию семейных связей создает для таких лиц возможности сохранять или воссоздавать семейные отношения после отбывания наказания» [40, с. 503].

Braithwaite, напротив, определяет восстановительное правосудие как «процесс, при котором все стороны, затронутые преступлением, имеют возможность совместно обсудить последствия преступления и возможные пути исправления этих последствий и удовлетворения нужд пострадавших. Такова идеальная ситуация, которая реализуется в большей или меньшей степени» [38, с. 497]. На основе этого определения процесс «медиации между жертвой и преступником наедине не оказывает такого восстановительного воздействия, как совещание, на которое

³ URL: <http://en.wikipedia.org/wiki/Mediation>

как жертвы, так и правонарушители могут привести членов семьи и других лиц. В рамках процедуры восстановительного правосудия как жертвы, так и правонарушители могут привести на совещание лиц, к которым они испытывают уважение и доверие, для оказания поддержки».

Однако восстановительное правосудие затрагивает, по словам Braithwaite, не только процессы, «но и ценности. Идея в том, что, поскольку преступление ранит, постольку правосудие должно исцелять. Основная ценность восстановительного правосудия в том, что оно не влечет за собой доминирования» [38, с. 497] (см. также [40, 41]). Активная составляющая этой ценности – наделение властью. В результате предотвращается явление «отбирания конфликтов» государством [42] у граждан, которые хотят решить конфликт самостоятельно, чему-то научившись в процессе.

По словам Walgrave [43, с. 559], разницу между восстановительным и уголовным правосудием можно отчетливее всего увидеть в следующих характеристиках:

При восстановительном правосудии преступление рассматривается не как нарушение абстрактных положений закона, а как общественный вред, причиненный преступлением. В криминальной юстиции основным коллективным агентом выступает государство, тогда как восстановительное правосудие осуществляется в первую очередь через общество. Реакция на правонарушение происходит не через навязанные сверху процедуры, а снизу, через добровольные действия тех, кто напрямую заинтересован в их последствиях.

Различия в определениях диктуют разницу в процедурах.

В отличие от формализованных и рационализированных процедур уголовной юстиции процессы в рамках восстановительного правосудия неформальны, основаны на эмоциях и чувствах. Результатом восстановительного правосудия будет не причинение пропорционального количества страданий, а социально конструктивное, т. е. восстановительное, решение проблем, вызванных преступлением. Криминальное правосудие «объективно» и основано на законах, а восстановительное правосудие представляется скорее субъективно-нравственным опытом [42, с. 559].

Это различие в процедурах еще раз подчеркивает гуманизирующее влияние восстановительного правосудия. Но оно демонстрирует еще и повышенную сложность процедуры, которая требует работы подготовленных специалистов, гораздо сильнее вовлеченных в эмоциональную сторону конфликта, чем в рамках сильно формализованного классического судебного разбирательства.

Одним из важнейших аспектов медиации и восстановительного правосудия является реституция, т. е. возмещение ущерба, нанесенного преступником жертве в результате совершения преступления. Heinz [44, с. 376] отмечает, что реституция, с одной стороны, тесно связана с понятием возмещения ущерба, а с другой – является более общим понятием компенсации, удовлетворения. Цель ее состоит в том, чтобы через учет интересов и потребностей обеих сторон достичь договоренности о компенсации, а в идеале и примирения. Это достигается благодаря возможности частного-независимого решения. Преступник должен увидеть и осознать влияние ущерба на потерпевшего и принять на себя социальную ответственность.

Еще одним спорным аспектом является соотношение между медиацией и концепцией возмездия. Ряд ученых призывают к интеграции этих двух подходов, поскольку преступное деяние должно приносить определенные страдания преступнику, что к тому же должно укреплять ценности общества [14, 45–48]. Walgrave [43, с. 565] подчеркивает другой, менее карательный аспект этой точки зрения: «...сведение восстановительного правосудия к добровольным переговорам существенно ограничит масштаб его применения» (см. также [49]), при этом основной реакцией на преступность останутся принудительные и карательные меры. Система криминальной юстиции, вероятно, ограничит восстановительный переговорный процесс лишь наименее серьезными правонарушениями, тем самым оставив вне его рамок жертв тяжких преступлений, которые в наибольшей степени нуждаются в восстановлении.

Исторические примеры реакции общества на преступность

Сторонники медиации и возмещения последствий преступлений часто обращаются к историческим примерам. Так, Frühauf [50, с. 8], описывая историю реституции, показывает, что это один из самых интересных аспектов истории наказаний. В древних

общества меры принуждения применялись еще до появления статутного права (см. также [51]). Например, Кодекс Хаммурапи, созданный около 1700 г. до н. э., является одним из старейших дошедших до нас письменных сводов законов; в нем, кроме суровых наказаний, описывается ряд правил возмещения ущерба жертве в случае кражи, телесных повреждений и даже убийства. Еще более обширными и подробными были меры реституции в законах хеттов, созданных ранее 1300 г. до н. э. Таким образом, альтернативные подходы к сокращению конфликтности в обществе, порожденной преступностью, имеют долгую и, очевидно, успешную историю.

Широкие и развернутые правила реституции действовали в большинстве культур, как показано в исследованиях Frühauf [50, с. 11] примерами из античности, исламской пенитенциарной системы и других высокоразвитых культур [51]. Примеры наказаний и реституции из Библии приводятся Burnside [52]. Sharpe [53, с. 26] отмечает: «Возмещение ущерба было инструментом правосудия на протяжении всей истории человечества». На основе бихевиористского исследования Rössner [54, с. 878] делает вывод, что применение законных наказаний с целью установления мира является частью биологической программы человечества. Без систематических мер по снижению конфликтности человеческое общество не могло бы существовать. Исторически, вплоть до Средневековья, восстановление общественного мира при помощи реституции было основным содержанием законов и правосудия.

Frühauf [50, с. 13] представляет также обзор развития реституции в последние годы существования германского права. С V в. н. э. народы Европы создавали статутное право. Например, в «Салической правде», созданной между 507 и 511 гг. н. э., содержался список мер наказания, причем для каждого преступления предусматривалось возмещение потерпевшему со стороны преступника, в том числе за убийство. В тот период наказание в виде реституции воспринималось как нормальное и обычное [49, с. 17]. Преступника заставляли возместить ущерб, нанесенный преступным деянием. Однако в последующие века принцип возмещения ущерба стал вытесняться суровыми карательными мерами.

С появлением королевств распределение власти между государством и народом претерпело значи-

тельные изменения [50, с. 37]. Королевства были заинтересованы в отмене прежних законов, так как стремились сосредоточить судебную власть в своих руках. Начались фундаментальные изменения в способах общественного контроля. Королевства устанавливали всеобщие правовые и карательные системы, наказания за правонарушения все больше переходили в руки монарха, уменьшалось влияние народа. Установление государственных законов и процедур в области наказания в начале Средневековья переводило частный конфликт в публичный [54, с. 880]. Концепция реституции уже не отвечала целям авторитарной системы наказаний, сосредоточенной в руках государства. Восстановление общественного равновесия, нарушенного преступным актом, вышло из-под контроля общества и перешло в руки государства, создав специфические взаимоотношения между ним и преступником. Целью стала не включенность, не интеграция, а разделение. Конфликт вышел из-под сферы влияния потерпевшего, так же как и сотрудничество для его разрешения и уменьшения [42].

Теперь мера наказания стала мерой власти. Связь между переходом к монархии и применением новых авторитарных карательных законов ярче всего прослеживается в использовании смертной казни [50, с. 43]. После судебного разбирательства преступник должен был заплатить *friedensgeld* («деньги для примирения»), т. е. штраф. Таким образом, наказание стало также источником дохода для государства. Это породило проблему, которая существует и поныне: в конце эпохи франков штрафы за преступление в пользу государства стали основной формой наказания, причем выплачивались они в руки судье. Ущерб потерпевшего оставался его личной проблемой [50, с. 44]. Подобные законы не претерпели существенных изменений до сего дня. Так, в Германии специальный закон 1976 г. регулировал реституцию для жертв тяжких преступлений (*Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten – Opferentschädigungsgesetz OEG*; см. обзор Schwind [58, с. 461]), однако на практике лишь очень небольшое число жертв получили (финансовую) реституцию из-за множества формальных препятствий (см. обзоры [55–57]). Schwind [58, с. 461] показал, что за последние 30 лет в Германии имел место «Ренессанс жертв преступлений», что выразилось в «лавине законов по защите потерпев-

ших» [59, с. 130]. Однако четкая принципиальная основа этой концепции до сих пор не выработана [60, с. 55].

Frühauf [50, с. 45] доказывает, что всеобщая «фискализация» уголовного права на основе финансовых интересов началась с возникновением королевств и государственной власти. Штрафы были и до нынешнего дня остаются важным источником дохода государства; тема реституции жертвам как обязанности государства начала подниматься лишь в последние годы. Frühauf [50, с. 59] справедливо отмечает, что регулирование и контроль правовых отношений в обществе со стороны государства являются самым эффективным способом управлять общественным поведением граждан, хотя такое регулирование и вызывает ряд новых проблем. В целом результатом являются расширение правовой сферы и более равноценные наказания по уголовным делам. В этом отношении процесс, начавшийся в Средние века, представляет собой существенный прогресс цивилизации. Но Rössner [54, с. 880] также отмечает, что в концепциях уголовного права, заложенных Кантом и Гегелем (абсолютные теории наказания, сохранившие свое определяющее влияние на политику наказаний и контроля преступности до настоящего времени), нет места реституции и разрешению конфликтов.

Возможно, в этом причина того, почему реституция между преступником и жертвой в немецком уголовном праве за последние десятилетия так и не достигла того значения, которое она имела несколько веков назад. В современном уголовном праве Германии реституция играет незначительную роль [54, с. 880]. Schmidt [61, с. 191] отмечает, что в последнее время реституция между преступником и жертвой стала более заметной, но в целом она играет мизерную роль в контроле преступности. Например, в 2007 г. в земле Северный Рейн-Вестфалия (Германия) реституция применялась в 4 535, а традиционные методы наказания – в 184 800 делах. Прокуроры и судьи, как правило, не имеют подготовки в вопросе альтернативных мер воздействия, например восстановительного правосудия. Кроме того, общественность также не информирована об этих альтернативах, поэтому в основном заинтересована в суровых мерах наказания, что часто поддерживается и политиками (см. также [3]).

Традиции реагирования на преступления среди коренных народов Северной Америки

Смена общинного права на авторитарную государственную систему наказаний характеризует и колонии Северной Америки. Такая система наказаний использовалась для порабощения коренных жителей Америки, многие из которых, напротив, прибегали к традиционным подходам в качестве формы сопротивления – сначала тайно, а затем параллельно с западной системой. В наши дни традиционные формы разрешения споров закреплены в Законе о правовой системе индейских племен (Indian Tribal Justice Act (25 U.S.C. § 3613 (a), (b) (9))) 1993 г., который не только узаконивает эти практики, но и обеспечивает их финансовую поддержку. По иронии судьбы, когда-то подвергавшиеся гонениям индейские миротворческие суды играют важную роль в (воз)рождении восстановительного правосудия в Соединенных Штатах, а многие их деятели стали востребованными специалистами.

Sullivan и Tifft описывают господствующую парадигму современной западной юстиции как основанную на правах и вознаграждениях, подкрепляющих существующие социальные установления, в отличие от восстановительного правосудия, ориентированного на потребности. Социальные установления, основанные на правах, нацелены на иерархию, т. е. доступ к ресурсам, правам и привилегиям зависит от статуса. Установления, основанные на вознаграждениях, предполагают меритократию, т. е. статус, значимость и привилегии распределяются на основе достижений и вклада, подчеркивая индивидуализм. «Правосудие осуществляется тогда, когда имеющиеся выгоды и затраты распределяются пропорционально тому, что человек сделал, чтобы их заслужить» [62, с. 209]. Этот подход не ограничивается материальным уровнем. Власть и контроль в сфере отношений, а также повседневная жизнь также организованы в формате этики, основанной на вознаграждении. Те, кого считают менее заслуженными, имеют меньше веса при принятии решений, при определении потребностей их лично и всего сообщества, а также способов удовлетворения этих потребностей. Если человек видит власть других над собой, он ощущает себя наблюдателем собственной жизни, чувствует своего рода «психологическое отчуждение». В этом случае реакцией на нанесение ущерба будет нанесение ущерба в ответ. Этому есть две причины: во-первых, убежденность, что правонаруши-

тель это заслужил, а во-вторых, желание восстановить эти социальные установления, основанные на правах и вознаграждениях. Очевидно, что эти меры способствуют колонизации народа. Непхам призывает к применению «более инклюзивных форм наказания, чтобы пенитенциарная идеология в большей степени руководствовалась взаимоотношениями между моралью и социальными нормами, принятыми в различных группах и сообществах» [63, с. 5], и отмечает, что «структуры и нормы уголовной юстиции должны рассматриваться как важнейшие инструменты развития социальной сплоченности уже из-за своей уникальной способности влиять на общественную мораль» [63, с. 157].

Реакция на последствия травмирующей ситуации не представляется необходимой, так как цель этого подхода – причинить равноценный ущерб и восстановить иерархию. Напротив, такие ориентированные на потребности подходы, как, например, восстановительное правосудие, руководствуются иной парадигмой, а именно сфокусированной на благополучии каждого из участников. Потребности определяются самими участниками, их мнения учитываются. В этом случае чувство справедливости основывается на том, что мнения и потребности каждого учитываются и соотносятся с общей целью достижения «равноценного благополучия».

В этом процессе представлено и учтено мнение каждого, разные точки зрения на реальность и правду поняты, уважаемы и приведены к согласию. Поэтому восстановительное правосудие требует постоянной открытости участников по отношению к проблемам, идеям, потребностям, желаниям, планам и страданиям друг друга... [62, с. 211, 214].

Этот подход фокусируется на примирении отдельных людей, но он также укрепляет группу в целом, будь то семья, сообщество или другие формы социальной организации, существующие в настоящий момент или в будущем, поскольку этот подход обладает профилактическим воздействием [64]. По словам R. Yazzi, главного судьи племени навахо (2000): «Западное судебное расследование ищет ответы на вопросы "Что произошло?" и "Кто виноват?". Миротворческая процедура навахо рассматривает последствия совершенного, отвечая на вопросы "Кто пострадал?", "Что они чувствуют?", "Что можно сделать для возмещения ущерба?"» [65].

Многие коренные культуры во всем мире имели правовые системы, основанные на медиации, реституции и восстановлении, например, китайское племя и-цзин [66, с. 61], маори [67], африканские племена [68, 69], североамериканские индейцы [70–72]. При этом имеются и те, что основаны на возмездии; самой известной из них является группа племен Яномамо, исследованная Н. Шаньоном [73]. В этой связи Hascall [74] упоминает работу Gronfors [75] о финских цыганах. Кровная месть – мощный инструмент сдерживания, но именно ее разрушительные последствия вызвали появление правовых систем, особенно систем восстановительного правосудия.

Племена североамериканских индейцев были и до сих пор остаются чрезвычайно разнообразными во всех аспектах культуры, языка, экономики, политики, общественной и духовной жизни. Некоторые племенные группы жили в поселках или городских районах; многие вели кочевой и полукочевой образ жизни, собираясь во временные союзы. Выживание таких сообществ зависело от равновесия между частной и групповой инициативой и ответственностью, поэтому восстановление мира было жизненно необходимо для каждого. В особенности отличались высоким уровнем эгалитаризма группы собирателей; их вожди не имели полной власти, они были скорее уважаемыми людьми, которые могли дать совет, добиться консенсуса по политическим вопросам, но не имели полномочий принимать или навязывать какие-либо решения [76]. Например, среди инуитов споры считались частным конфликтом и должны были улаживаться только самими участниками. Одним из видов урегулирования конфликта были песенные дуэли, когда стороны оскорбляли друг друга в песнях, сочиненных специально для этого случая. Победитель определялся публикой. После этого дело считалось закрытым. Если общественное равновесие не восстанавливалось, т. е. цель дуэли не была достигнута, то один из участников конфликта должен был покинуть группу и основать свою собственную. Таким образом, цель состояла не в определении вины или виновного, а в восстановлении мира [77].

Хотя у этих собирателей не было формального права как письменного свода законов, который бы применялся в судах и исполнялся, у них были средства общественного контроля и оспаривания решения. Существовали законы в виде формальных правил

поведения, нарушение которых вело к наказанию [78, с. 28]. Первое исследование племенного права было написано Llewellyn и Hoebel в 1941 г. [79]; это работа о юридической системе североамериканского племени шайенн, содержащая подробное описание практики разбора конфликтов и исков. Hoebel проводил обширные полевые исследования правовых систем племен северных шайеннов, шошонов, команчей и пуэбло в 1930–40-х гг. Он беседовал со множеством представителей этих племен, которые выросли еще до перехода в резервации. Позже он опубликовал первое систематическое исследование местных правовых систем, основанное на практиках различных племенных сообществ [78]. Другой классический труд принадлежит Strickland [80] и посвящен системе законов и правосудия племени чероки. В нем подчеркивается существование традиционных духовных практик в юриспруденции чероки и способность племени использовать свою правовую систему для сохранения традиционной культуры.

Древняя система правосудия чероки не исчезла с принятием письменного кодекса в 1808 г., но действовала в течение всего периода адаптации к англо-американской системе. Ирония в том, что письменные законы, принятые в 1808 г., прекратили действовать в 1898 г., а неформальные правила со своими магическими и духовными аспектами продолжили свое существование в течение всего XX в. Сохранилась не только магия, сохранился в основном и дух как письменных, так и традиционных законов. Никакие другие племена не использовали законы и суды белых людей так успешно, как чероки в XX в. [80, с. 188].

Подходы к разрешению конфликтов и восстановлению равновесия значительно различаются у разных племен. Основной угрозой согласию оставались убийства и соперничество из-за женщин. Воровство является проблемой для сообществ с ярко выраженным имущественным неравенством, но не для собирателей. Правовая система индейского племени шайеннов основывалась на реституции, наказании и реинтеграции, а также на сверхъестественных сигналах. Как и многие другие племенные сообщества во всем мире, шайенны использовали различные формы обмена, помимо торговли, включая обмен подарками с целью установления, укрепления и восстановления отношений. Таким образом, реституция

была естественным продолжением этих обычаев, направленным на восстановление равновесия в обществе при любом нарушении социально приемлемого поведения. Например, мужчина, укравший чужую жену, посылал взамен нескольких лошадей, и такое возмещение считалось приемлемым [78, с. 58]. Значительное отличие от западных ценностей заключается в роли личности. По местным традициям, личные интересы и интересы племени неразделимы; «своя выгода – это выгода племени» [81, с. 289].

Исполнение карательных решений являлось обязанностью военизированных образований, братств, в которых состояли все мужчины. Совет племени обладал лишь исполнительной и судебной властью, выступая в роли миротворца. Члены этого совета – вожди, воплощающие идеальные черты характера чероки, а именно терпение, щедрость, мудрость, духовный опыт. Сверхъестественные силы были существенной частью местного правосудия. Выкуривание трубки пробуждало эти силы и превращало судебный процесс в ритуал. Сверхъестественные силы могли напрямую наказать правонарушителя или указать на лжеца [78, с. 138]. Спонсирование Танца Солнца – главной церемонии обновления племени – могло быть частью реабилитации правонарушителя наряду с возмещением ущерба пострадавшему [78, с. 253].

Убийство, с его опасностью нового убийства в качестве мести, представляло собой особую проблему для шайеннов и других североамериканских племенных сообществ, а также было серьезным вызовом сверхъестественным силам и требовало радикальных мер. В случае убийства предполагалось проведение особой церемонии обновления, которая у шайеннов называлась церемонией Священных стрел; это древнейший и сильнейший ритуал очищения [82]. Во время главного действа – замены всего оперения на древних стрелах – в лагере соблюдался обет молчания, даже собакам было запрещено лаять. Эмоциональное воздействие должно было быть очень сильным. Таким образом, опаснейший и чреватый раздорами инцидент трансформировался в церемонию, оказывающую глубокое объединяющее воздействие на людей [78, с. 158].

Процесс колонизации Северной Америки продолжался несколько веков, но был чрезвычайно травматичным. Он включал войны, массовую гибель людей от инфекций, в более поздние периоды –

насильственные переселения, применение политических и судебных мер, особенно через Верховный суд [83]. Многие племена испытали резню, как, например, сиу (лакота) при Вундед-Ни в 1890 г. или шайенны при Сэнд-Крик в 1864 г.; другие были вынуждены покинуть свои земли и мигрировать, как чероки (Дорога Слез, 1830 г.) или навахо (Долгий Путь, 1863 г.), пока не поселились в резервациях. Навязанная им чуждая западная правовая система, несовместимая с традиционным мировоззрением, стала еще одним инструментом колонизации, попыткой разрушить исконные культуры и институты. Примером может служить одностороннее дело индейца по имени Вороний Пес (1883 г.). Индеец из племени сиу лакота Вороний Пес убил вождя племени. В соответствии с племенной традицией он выплатил реституцию семье убитого, но федеральные власти выдвинули против него обвинение. Федеральный суд вынес решение о его виновности и приговорил к смерти. Однако Верховный суд посчитал, что федеральные власти не имеют юрисдикции, если племенной суд уже рассмотрел дело. В результате был принят Закон о тяжких преступлениях (1885), согласно которому тяжкие преступления, совершенные индейцами против других индейцев на земле резервации или племени, подпадали под федеральную юрисдикцию. Этот закон значительно ограничивал правосудие и суверенитет племен, что приводит к противоречиям. В 1950 г. Конгресс принял Государственный закон 280, который расширил применимость федерального законодательства в некоторых штатах по отношению к уголовным преступлениям на землях индейцев, породив тем самым множество противоречий в уголовном законодательстве федерального, государственного, местного и племенного уровня (подробную историю разрушения племенного законодательства см. [84–87]).

При этом многие племена сохранили собственную правовую систему для защиты своей культуры и сопротивления колонизации, сначала тайно и параллельно с доминирующей государственной системой, а затем все более открыто (исследование о племени кикапу см. [88]). Эти практики иногда описываются антропологами. Например, Lurie, главный этнограф племени виннебаго (теперь известного как ХоЧанк), рассказывает о случае, описанном в местной газете [89]; речь идет о последствиях убийства членом племени мужа его сестры:

Группа мужчин провела целый день в вигваме в районе Барабу, обсуждая эту проблему. Желтый Гром в итоге смог добиться освобождения убийцы ценой возмещения ущерба семье жертвы в виде одеял, хлопчатобумажной ткани и нескольких пони [90, с. 703].

Zion в интервью с Sullivan рассказывает, как навахо начали осознанно использовать формальную юридическую терминологию для описания традиционных практик, чтобы интегрировать их в местные судебные процедуры: «Постепенно принципы традиционного права стали влиять на решения Апелляционного суда навахо» [91, с. 168] (см. также [86]).

Сегодня многие из этих коренных культур возрождают свои традиционные подходы к правосудию, приспособивая их к современным общественным и правовым реалиям [92, с. 3]. Эти подходы отражают потребности племен в более адекватном разрешении конфликтов, особенно в отношении семейных споров, несовершеннолетних, а также потерпевших и заключенных. Правовая система, основанная на традиционных практиках, закрепляет ценности племени, тем самым сохраняя и возрождая коренные культуры и племенную самобытность; она обращена к потребностям и проблемам, порожденным колонизацией, способствует деколонизации и выработке новой племенной самобытности [93].

Успешность такого подхода подтверждают исследования, посвященные снижению уровня рецидивизма [86, с. 51]. Однако есть и критические работы, указывающие на возможность идеологических противоречий и перекосов власти. В некоторых выражается надежда на снижение количества наказаний в виде тюремного заключения, но многие авторы считают традиционное правосудие слишком мягким. Ряд авторов озабочены применением телесных наказаний в местных культурах, другие – неравенством по половому признаку. Еще один аргумент против традиционного правосудия – не все члены племенного сообщества придерживаются традиционной культуры [94]. Успешные модели включают элементы западных правовых концепций, например, независимость судьи или строгость процедуры [95]. Самый известный из таких племенных судов – это Миротворческий суд племени навахо. Краткий обзор истории этого подхода также подтверждает важное влияние племенных правовых практик на становле-

ние восстановительного правосудия в США вплоть до настоящего времени.

Племя навахо (или динэ, как они сами себя называют) проживает на юго-западе США. Это самое большое индейское племя в Северной Америке с численностью около 300 тысяч человек. Первоначально они были охотниками и собирателями, но после контакта с испанцами стали разводить овец. В результате ряда мер подавления они были колонизированы [96]. Система уголовного права сыграла в этом процессе двойную роль, как и в случае других североамериканских племен. С одной стороны, криминализация использовалась для насаждения политики колонизации [97]; с другой – племенные правовые системы стали средством возрождения племенной самобытности; право на самоуправление было закреплено в договорах и подтверждено законами, но только после движения «Красная Сила» и принятия в 1975 г. Закона о самоопределении племени навахо пользоваться самоуправлением [98, 99].

В 1958 г. был основан племенной суд навахо, однако он был создан по образцу западной состязательной системы и не соответствовал традиционному, более гармоничному подходу к решению конфликтов. Чтобы племя могло заявить о существовании общего права и культуры навахо, совет племени попросил представителей судебной власти выработать судебную процедуру, основанную на общих законах и практиках навахо, но совместимую с англо-американской судебной практикой. Так в 1981 г. появился Миротворческий суд племени навахо, в первое же десятилетие своего существования рассмотревший 1 600 исков. Суд рассматривает гражданские, уголовные и семейные дела по представлению племенных судов, племенной полиции или частных лиц. Окончательное решение является обязательным как для членов племени навахо, так и для правовых систем штатов [93]. Миротворчество выходит за рамки восстановительного правосудия – оно основано на иной, горизонтальной парадигме, в отличие от иерархической, описанной Sullivan и Tiffit [62]. В терминах западных концепций она близка к интерпретации Repinsky и Quinney [100]. Различия между Миротворческим судом племени навахо и восстановительным правосудием являются предметом дискуссий [95]. Однако есть и много общего, например, роль церемонии, вовлеченность всех заинтересованных лиц, понимание последствий нарушения закона, а так-

же преимущественное использование в гражданских делах, особенно во внутригрупповых конфликтах [91].

Философия навахо носит духовный характер и отражает взаимосвязь всех аспектов жизни. «Люди видят дальше границ физического мира; у них есть способность к всеобъемлющему, *круговому видению*, – это метафизический конструкт, неизвестный во многих западных традициях...» [81, с. 291]. Духовный мир и повседневная жизнь не отделены друг от друга, тот мир не находится над природой, но является его частью. Различия или противоположности, такие как мужское и женское, находятся в состоянии творческого напряжения и в то же время равновесия. Поэтому постоянно необходимо восстанавливать единство на основе равенства и гармонии. Эта онтология основана на взаимоотношениях со «святыми людьми», которые создали мир согласно этим ценностям, а также на религиозных церемониях, которые дают людям силу участвовать в непрерывном процессе творения. В этом контексте слова являются священными, так как служат проводниками силы, способной исцелять или наносить вред, а также являются частью индивидуальной ответственности за самоопределение [93].

Все это противоречит западной правовой системе, основанной на принципах эпохи феодализма и Просвещения – принципах главенства рационального мышления, абстракции, отделения личных прав от общественных и независимости от целостности акта творения. Хотя англо-американская судебная система сохраняет (по крайней мере, до последнего времени сохраняла) некоторые отсылки к христианству (например, клятва на Библии или фраза «и да поможет мне Бог»), она не ориентирована на духовный мир. Миротворческий суд является неотъемлемой частью онтологии племени навахо, говорящей о непрерывном сотворении мира через слова (молитвы) и восстановлении баланса, гармонии и равенства между людьми [93, 97].

Van Ness показал, что восстановительное правосудие укрепляет сообщество и восстанавливает порядок после совершения правонарушения благодаря акценту на ключевой роли «чувств и гуманности как жертвы, так и преступника» [101, с. 320]. Эти цели являются общими для восстановительного правосудия и миротворчества, однако последнее выходит за рамки этих целей и имеет ряд существенных отличий. При горизонтальной парадигме главная цель – восстановление мира, гармонии и непрерывных взаимоотношений,

при этом все участники процесса равны [92, с. 4]. Фактически европейская концепция «преступления» соотносится у навахо с понятием «дисгармония» [86, 102]. Winfree отмечает специфические традиционные ценности навахо, способствующие восстановлению гармонии в сообществе:

Понимание и уважение определяют восемь первоочередных традиционных ценностей, большинство из которых существенны для аборигенных концепций восстановительного правосудия: честность, открытость, сила, доброта, скромность, мудрость, честь и храбрость [81, с. 291].

Миротворческий подход отражает эти различия в ценностях и в понимании преступности, как показано в исследовании Nielsen и Zion [92, с. 148]:

В более фундаментальном смысле, согласно правовому мышлению навахо, если человек неправильно ведет себя, тем самым демонстрируя дисбаланс в теле, мыслях и духе, он просит сообщество о помощи, пробуждая ответственность и обязанности сообщества по отношению к нему [...] Таким образом, человек определенно выражает свое желание участвовать в данном процессе.

Поэтому на первый план выходит внутренняя причина проблемы, а не поиски истины. «Миротворчество навахо... рассматривает истину как несущественную величину, поскольку тогда основное внимание перейдет от решения проблемы к поиску виноватого, что неприемлемо в рамках правовой системы навахо» [86, с. 50; 102]. В традиционном суде навахо причиной правонарушения часто выступает чудовище – найи (*nayee*). «Что лежит в основе цикла насилия, когда обиженные или заброшенные дети сами становятся преступниками? *Найи*. Антиобщественное поведение? *Найи*» [65]. Таким образом, у навахо существует своя концепция посттравматических нарушений поведения. Главное различие между восстановительным правосудием и миротворчеством в том, что в первом деле касается только жертвы и преступника, во втором же все люди, затронутые преступлением, участвуют в разбирательстве, включая членов семьи преступника. Родственники правонарушителя помогают возместить ущерб и восстановить равновесие, а также предотвратить повторение правонарушения. Таким образом, результат нацелен

в большей степени на восстановление мира. При этом могут использоваться церемонии общения с чудовищем *найи*. Реституция может носить в большей степени символический, чем материальный характер. «Несет ли объект, используемый для реституции, значение "Я сожалею о случившемся"? Говорит ли он: "Я уважаю твое достоинство, передавая тебе этот предмет, представляющий ценность для нас – членов племени навахо"? Говорит ли он: "Пусть этот предмет станет символом и осязаемым знаком, который будет напоминать нам о том, что мы разрешили наш конфликт и восстановили хорошие отношения друг с другом"?» [65].

Добровольность участия жертвы и преступника в процедуре подразумевает, что у обоих есть группа поддержки. Миротворчество отличается от восстановительного правосудия еще и тем, что оно является средством снизить остроту социальных проблем, лежащих в основе тех преступлений, которые порождены колонизацией, – злоупотребления алкоголем и наркотиками, бандитизма, семейного насилия. Цель не в том, чтобы наказать или обвинить, а в том, чтобы восстановить правильные отношения между людьми и вернуть равновесие в сообщество. Следовательно, любое правонарушение можно рассмотреть с использованием данного подхода, если стороны согласны на это. В отличие от миротворчества такое оздоровление не входит в число явных целей восстановительного правосудия, которое фокусируется на отдельных его участниках, а также по-прежнему является, прежде всего, частью государственной системы уголовного права, поэтому его первоочередной целью является восстановление существующей иерархии.

Миротворческий суд племени навахо – самый известный, но далеко не единственный пример применения исконных форм восстановительного правосудия. Например, система уголовного права в Балтиморе, штат Мэриленд, сотрудничает с народом маори из Новой Зеландии, пытаясь изучить и использовать их традиционные подходы в ювенальной юстиции [67]. Коренные народы Канады с успехом обращались к федеральному правительству с предложением реформировать судебную систему в соответствии с местными традициями (Criminal Code of Canada, § 718.2 (4)). В связи с большим количеством работ в данной области [64] было основано специальное издательство коренных народов Америки, Living Justice

Press, занимающееся публикацией работ по местным формам правосудия. Один из подходов в рамках восстановительного правосудия стал известен как Круг обсуждения, когда все участники сидят по кругу, передавая друг другу палочку (или перо, или камешек); участника, у которого находится этот предмет, нельзя перебивать, так что у каждого появляется шанс быть выслушанным.

Успех таких традиционных форм правосудия оказался очень значительным. Так, им занялась Janine Geske, судья в отставке Верховного Суда Висконсина и преподаватель школы права Marquette в Милуоки (2013). Она проводит сессии восстановительного правосудия с заключенными тюрем штата, совершившими тяжкие преступления, и анализирует результаты. По ее словам, «...когда говорить может только один человек, в комнате возникает ощущение священнодействия. Удивительно, что может произойти, какое преобразование может состояться». За три дня такой сессии преступник подробно рассказывает о своих чувствах и испытывает посттравматический стресс. Даже работая судьей, Janine не знала о таких тонких воздействиях. В то же время преступник начинает видеть другую точку зрения и отдаленные последствия своего преступления, начинает сочувствовать жертве и понимать, что он сам также стал жертвой. Geske [103] показала, что судебная система превращает конфликт в противостояние «мы против них», жестко закрепляя роли: потерпевший и его окружение как жертвы и преступник как воплощение зла. В такой системе потерпевшие, в первую очередь дети, остаются безгласными. Потенциальная возможность реабилитации потерпевших определила использование восстановительных подходов в комиссиях по примирению сторон [69]. Расширение взглядов западной культуры в сторону принципов восстановительного правосудия делает эти подходы более гибкими, готовыми к переменам, а значит, и более сильными. В этом процессе коренные культуры могут многое предложить нашему правосудию.

Имеющиеся практики восстановительного правосудия заставляют пересмотреть вопрос о главенствующей роли государственных интересов в области наказаний [50, с. 60; 63]. Это особенно важно в свете изменений, произошедших в структуре современного постиндустриального общества. В настоящее время недостаток возможностей для реституции и внимания

к жертвам признан слабым местом пенитенциарного права. Помимо тюремного заключения, были выработаны и во многих странах применяются различные меры принуждения и исправительного воздействия; например, в Германии основной формой наказания стали штрафы, однако они не направлены на возмещение ущерба пострадавшим. Современные дискуссии в области виктимологии лишь очень медленно начинают формировать иные, более эффективные пути реализации контроля преступности [50].

Восстановительное правосудие в исламском праве

Исламское право – это пример еще одной незападной правовой традиции, способной предложить еще не изученные перспективы в новой области – восстановительном правосудии. После событий 9 сентября 2001 г. в США, а также злодеяний на Ближнем Востоке и в Африке, совершенных от имени радикальных исламистов, западный мир часто относится к исламскому праву с подозрением и враждебностью. Многие считают его иррациональным и жестоким, нарушающим базовые принципы западной системы ценностей, в частности права человека, особенно права женщин и меньшинств. Однако исламское право имеет древние традиции, и в нем существуют различные направления. Эта религия распространена во многих странах, чьи традиции способствовали внесению разнообразных изменений в исламские законы. Во многих мусульманских обществах наблюдается двойственное отношение к западному миру. Многие хотели бы перенять западные экономические и политические структуры, другие видят в западном мире империалистическую угрозу своим традициям и культуре [104]. Эмоции, сопровождающие эти дискуссии, затрудняют достижение взаимопонимания.

Для большинства представителей Запада взаимоотношения между юриспруденцией и религией представляются сомнительными. Это касается, например, использования восстановительного правосудия в аборигенных культурах, а также новых западных форм восстановительного правосудия, таких как круг обсуждения, описанный выше. Основной аргумент состоит в том, что религии разделяют людей и делают невозможным или затрудняют политическую коммуникацию. Описывая взгляды сторонников этой точки зрения, Philpott [105, с. 106] замечает: «Поскольку

религиозные противоречия неразрешимы и неприемлемы, они способны лишь подорвать стабильный консенсус в отношении принципов либеральной демократии». Близкий нам пример – христианские организации, привлекающие к суду ученых за то, что они отделяют науку от религии и религиозных интерпретаций [106].

Однако, как и другие ученые, изучающие традиции восстановительного правосудия в рамках исламского права, Philpott [105] утверждает, что мы потеряем важнейшие источники знания и подходы, если не обратим внимания на исламскую правовую систему [107, 108]. Что касается взаимоотношений между юриспруденцией и религией в целом, Маскау, глубоко исследовавший этот вопрос, показывает неразрывную взаимосвязь истории восстановительного правосудия с религиозными системами, будь то вера в единого Бога, богов, духов или колдовство: «...возможно ли заимствовать практики медиации без их духовного каркаса и при этом утверждать, что это удовлетворит нужды современной системы уголовного права?» [109, с. 263]. Он заставляет нас взглянуть на восстановительное правосудие с исторической и антропологической точек зрения в контексте понятий наказания, вины и примирения, ставя вопрос: «Может ли восстановительное правосудие в одиночку нести груз психологического и духовного давления, создаваемого преступлением и так явно выраженного древними практиками и предшественниками современных кодексов?» [109, с. 253].

Классическое исламское право, или *фикх*, появилось между VII и XI вв. н. э. К IX в. оно распространилось вплоть до Нигерии и прочно закрепилось к XV в., вобрав в себя многие практики доисламских бедуинских культур. Основной акцент исламское право делает на человеческом достоинстве и таких ценностях сообщества единоверцев, как прощение, милость, покаяние, уважение к человеку, что имеет аналоги в восстановительном правосудии. Как и во многих других традиционных обществах, преступление расценивается как забвение ответственности человека перед обществом и Богом, поэтому юридический ответ на него должен удовлетворить обе эти стороны [74, 105, 110].

В исламе существуют различные правовые традиции: *ханафи*, *шафи*, *малики* и *ханбали* у суннитов и три школы у шиитов, включая *джафари*. Однако

у всех течений есть общее разделение понятия преступности и наказания на три категории: *хадд*, *кисас* и *тазир*. Категория *хадд* включает в себя кражу, супружескую измену, клевету, употребление алкоголя, разбой, мятеж и вероотступничество, но не включает убийство. Эти преступления считаются самыми тяжкими, поскольку наносят ущерб не только отдельным людям, но и всему религиозному сообществу, Богу и общественному правопорядку. Поэтому в религиозных текстах указываются конкретные наказания за эти деяния, например, смерть через забивание камнями за супружескую измену или отрубание руки за воровство. Наказания должны следовать незамедлительно. Необходимо соблюдать четко определенные процедуры представления доказательств. В этой категории преступлений мнение потерпевших практически не имеет веса [110]. Ученые сходятся во мнении, что *кисас* и *тазир* имеют долгую историю применения, которая соответствует принципам восстановительного правосудия [1, 74, 105, 111, 112].

Основная претензия восстановительного правосудия к действующим системам уголовного права состоит в пренебрежении интересами жертвы. *Кисас* – это судебный процесс, применяемый в случае убийства или физического нападения при соблюдении определенных требований к процедуре и поддержке иска. Чтобы преступление классифицировалось как *кисас*, оно должно быть подтверждено несколькими очевидцами. В отличие от *хадда* *кисас* не имеет конкретных предписанных наказаний. Хотя исламское право имеет отличия в зависимости от страны, где оно практикуется, потерпевшие и их семьи всегда находятся в центре процесса – они должны его инициировать. Rahami [112], к примеру, пишет, что в уголовном кодексе Ирана целый раздел посвящен *кисасу*, чего не наблюдается для других категорий преступлений. В этой стране судья не имеет права выносить решение по делу *кисас* без совещания с потерпевшими. Amtag дает не совсем ясное описание роли судьи (*wali amr*) в этом контексте; она описывает его как назначенного стражника, но также и как медиатора, арбитра и судью, который в любом случае назначается демократически избранным правителем [110, с. 170, 172]. Для жертв и их семей существует несколько возможностей. Они могут объявить о полном прощении без наказания, в соответствии с главными ценностями Корана – прощением и примирением. Однако в таком

случае государство может все же исполнить свою карающую функцию путем наказания преступника, например заключения его под стражу [74, 110].

Чаще проводятся переговоры о *дийя*, то есть компенсации. Ее можно считать аналогом восстановительного правосудия в том смысле, что это форма реституции пострадавшему и наказания для правонарушителя, символизирующая также его раскаяние. Амтаг указывает, что основной задачей судьи в этом случае становится обеспечение справедливого наказания преступления и его трансформация:

Судья или третейский судья в *кисас* – это лицо, определяющее, когда наказание из карающего превращается в восстановительное, напоминая жертве об «обязанности прощать», а значит, и о праве на *дийя*; он устанавливает суммы и условия возмещения и, наконец, предпринимает попытки примирить стороны [110, с. 172].

Однако *дийя* ассоциируется также с «виной» – деньгами, выплачиваемыми для предотвращения кровной мести [74, с. 60]. Если преступник не может заплатить, это должны сделать его ближайшие кровные родственники, за исключением случаев, когда преступник – женщина или несовершеннолетний ребенок. Если у преступника нет близких родственников, *дийя* выплачивается государством. При этом Амтаг подчеркивает, что *дийя* не должна приравниваться к компенсации жертве в гражданских исках, поскольку, хотя и является элементом наказания за ущерб, но должна вести к примирению [110, с. 171]. Наконец, потерпевший может также потребовать возмездия по принципу «око за око», или «жизнь за жизнь». При этом может применяться физическое наказание или даже смертная казнь, что является аргументом против признания *кисас* древней исламской формой восстановительного правосудия [74, 105].

Преступления *тазир* (*t'azir*) описаны в Коране как грехи; это злоупотребление доверием, растрата, лжесвидетельство, взяточничество, злоупотребление властью. Однако наказания за них не описаны, а оставлены на усмотрение должностных лиц, поэтому здесь также возможен учет мнения потерпевшего. *Тазир* относится к тем проступкам, которые нарушают личные права, а также к злоупотреблениям доверием, и наказания за них самые мягкие. Судья/третейский судья располагает

целым рядом наказаний, включая лишение свободы, которые потерпевший может принять или отклонить [110].

Исламское право имеет давние традиции использования элементов восстановительного правосудия, особенно таких, как учет мнения потерпевшего в некоторых аспектах, компенсации, уважение к правонарушителю, примирение. За последние 25 лет исламское право стало более карательным под влиянием различных недемократических институтов и контроля военных в правовой сфере. Это проявляется, в частности, в использовании тюремного заключения. Наряду с восстановительными элементами, карательные меры в этой традиции составляют *фикх*. Zehr [113] и Маскау [109] утверждают, что наказание и восстановление не являются настолько взаимоисключающими мерами, как это часто пытаются показать, и их взаимовлияние дает импульс дальнейшим исследованиям. Однако для более глубокого понимания этих традиций необходимо более подробное обсуждение отдельных элементов восстановительного правосудия в исламском праве с учетом контекстов этого применения. Особенно это касается роли судьи и сообщества, масштаба возможностей принятия решения потерпевшими, а также подходов к реинтеграции. Наконец, Амтаг выражает осторожность в оценке роли женщин в исламском праве и пишет: «Очевидно, что восстановительное правосудие в исламе нуждается в феминизации» [110, с. 178].

Выводы

Представленный обзор зарубежных публикаций по проблеме медиации и восстановительного правосудия показал, что объем литературы по этому вопросу растет экспоненциально, особенно в западных индустриальных странах. С конца Второй мировой войны и на протяжении 1960-х и 1970-х гг. ведется серьезное обсуждение возможностей включить интересы потерпевших в уголовную процедуру. Это обсуждение способствовало повышению значения виктимологии. Henham [63, с. 2] пишет, что «граждане должны чувствовать, что их интересы и ценности находят признание и уважение в системе уголовного права, тем самым укрепляя их приверженность и поддержку тем ценностям и результатам, которые оно обеспечивает». При традиционной, регулируемой государством уголовной процедуре роль жертв сводится к функции свидетелей; компенсация причиненного вреда остается их личной проблемой. Учитывая тот факт, что большинство пре-

ступников не владеют собственностью и имеют очень низкий доход, вероятность возмещения мала или вовсе отсутствует; потерпевшие не получают ничего, если только у них нет страховки. Традиционное уголовное право не заботится о потребностях жертв, сосредоточиваясь на наказании преступников. Если преступнику присуждается штраф, эти деньги выплачиваются государству или некоммерческим организациям, а не жертве. С учетом этого неудивительно, что многие потерпевшие остаются недовольны результатами уголовного процесса. Они удовлетворены только тем, что преступник наказан – более или менее сурово. Кроме всего прочего, это порождает стремление к более жестоким наказаниям.

Зарождающиеся практики восстановительного правосудия обращаются к чувствам вины и ущерба у жертв, преступников и сообщества, признавая их необходимыми для восстановления мира. Но возможно ли сделать это без глубокого понимания исторического и культурного контекстов? Размышления о древних системах восстановительного правосудия помогут по-новому оценить ту глубину, на которую нарушения закона и общественного порядка наносят вред отдельным гражданам, семьям и всему обществу. Маскау утверждает: «Нельзя предлагать просто заменить карательное правосудие на восстановительное, пока не будет выработана теория, связывающая в единое целое всю мощную динамику наказания, вины и духовной жизни» [109, с. 248].

Современная политика в сфере уголовного права фокусируется преимущественно на восстановлении «общественного порядка», который не всегда автоматически восстанавливает общественное согласие [13, с. 21]. Общественный порядок ассоциируется в первую очередь с контролем, престижем уголовного права, авторитетом государства, поэтому общественное согласие необходимо обеспечивать отдельными мерами. При этом приходится удерживать эти проблемы от перехода на уровень уголовного права, а для этого пытаться решать их там, где они возникают, т. е. на уровне сообщества, и искать решения именно там [13, с. 21]. Регулирование межличностного измерения преступности оказывает положительное влияние на социализацию и установление мирных отношений в сообществе; если общество осведомлено об этом влиянии, то роль уголовного права уменьшается.

Система уголовного права, центрированная на государстве, имеет долгую историю насаждения систем неравенства и доминирования, например, надзирателей над рабами – наследие правоприменительной практики США. Такие события недавнего времени, как расстрелы афроамериканцев полицией в США, или непропорционально высокое число заключенных в этой группе населения – это не только пример социальной проблемы, угрожающей всей системе уголовного права, но и пример этой системы, поддерживающей и усиливающей социальное неравенство [114–116]. В результате общественное движение «Черные жизни имеют значение» (Black Lives Matter) требует социальной справедливости. Насаждение западной, карательной системы уголовного права коренным народам было основным принципом колониальной политики в Северной Америке, что породило множество социальных проблем, таких как наркомания, алкоголизм, повсеместная нищета, семейные конфликты. Применение традиционных форм правосудия, таких как миротворчество, позволяет более эффективно разрешать конфликты, а также возрождать сообщества. Чувство справедливости возникает в ситуации, когда мнения и потребности участников услышаны, признаны и учтены с целью повышения благосостояния всего сообщества. Такой подход, основанный на потребностях, а не на праве, признает глубину не только материального, но и эмоционального ущерба. Такая реакция укрепляет сообщества и оказывает тем самым профилактический эффект. Необходимость таких мер в отношении коренных народов стала особенно явной после публикации романа «Круглый дом» (*The Round House*) представительницы американских индейцев Louise Erdrich [117], который получил Национальную премию США в области художественной литературы в 2012 г.

Поддержка общественности чрезвычайно важна при внедрении инноваций в уголовный процесс; без нее такое внедрение значительно затруднено. Как справедливо отмечает DeLattre [118, с. 91], реституция преступника жертве стала самым важным и положительным новшеством в уголовном праве за последние 25 лет. До сегодняшнего дня возможности, заложенные в этом новом подходе, не используются в полной мере, несмотря на наличие явных положительных результатов. Диалог с общественностью долго играл второстепенную роль в этом процессе, и теперь его

следует интенсифицировать [118, с. 101]. Главное место здесь будет занимать полиция, так как именно этот институт в первую очередь контактирует с преступником и жертвой.

Hoyle [119, с. 104] сообщает, что в некоторых случаях жертвы, как в деле Thames Valley-Project, принимали решение не участвовать в медиации. Однако проблемы усугубляются, когда у людей нет такой возможности из-за отсутствия информации о подобном способе разрешения конфликтов. Главная цель восстановительного правосудия – снизить уровень стереотипного мышления жертв и преступников по отношению друг к другу [119, с. 110]. Наличие правдивой информации у обеих сторон также повышает их готовность к сотрудничеству. «Восстановительное правосудие выполняет свои обещания восстановить материальный и эмоциональный ущерб, безопасность, нарушенные взаимоотношения, достоинство и самоуважение потерпевших» [119, с. 101]. Некоторые из потерпевших не хотят участвовать, но гораздо чаще такая возможность теряется из-за недостатка информации.

Young [120, с. 137] показал, что, согласно «Обзору о преступности в Британии за 1984 г.», 51 %, т. е. более половины опрошенных потерпевших, заявили, что хотели бы встретиться с преступником вне зала суда, чтобы в присутствии медиатора поговорить о реституции. В «Обзоре о преступности в Британии за 1998 г.» при другой формулировке вопроса 41 % потерпевших согласились встретиться с преступником в присутствии третьей стороны, чтобы спросить о причинах преступления и рассказать о последствиях произошедшей виктимизации. Это говорит о значительной потребности общества развивать медиацию. Sanders [121, с. 222] подчеркивает, что, согласно исследованиям, если преступник понимает сущность уголовного процесса и считает его законным, то они с большей готовностью принимают его результат, даже если считают его несправедливым. То же относится и к потерпевшим. Но, как указывают Норт и Steffek [31, с. 79], культуру разрешения конфликтов в обществе следует развивать путем обучения судей и прокуроров, а также информирования общественности. Следует объяснять процедуру, судьи и прокуроры должны знать о ее последствиях, медиаторы должны получить хорошую подготовку, а официальные лица, участвующие в процессе, должны иметь финансовую

поддержку. Эти сопутствующие меры необходимы для создания среды, в которой смогут успешно применяться программы медиации.

Обсуждается также возможность объединить процедуры восстановления и наказания. Henham [63, с. 44] отмечает: «Основная проблема – сделать карательную идеологию более чувствительной к меняющимся ценностям, ожиданиям и потребностям отдельных граждан и социальных групп, соблюдая при этом важнейшие принципы последовательности и справедливости при вынесении приговоров». Sessar [13, с. 21] подвергает сомнению масштабы применения уголовного права. По его мнению, реституция может заменить уголовное право. London [7, с. 180] делает важное заявление, подчеркивая, что «восстановление» должно сочетаться с «наказанием», иначе общество его не примет. «Ни сдерживающие меры, ни ограничения в правах, ни карательные меры не предлагают стратегий реинтеграции. Даже реабилитация сама по себе не является эффективным инструментом для подлинной реинтеграции, поскольку игнорирует потребности жертвы и общества в правосудии как предпосылке общественного принятия. Однако если подчинить каждую из этих традиционных целей всеобщей цели восстановления доверия, то приговоры по уголовным делам могут не только обеспечить сдерживание, ограничение, наказание и реабилитацию, но и стать частью единой стратегии возмещения ущерба от преступления» [7, с. 183]. Наше исследование элементов восстановительного правосудия в исламском праве указывает на непустое сосуществование обоих принципов.

Tränkle [123, с. 340] принадлежит интересное наблюдение, что сущность уголовного права и принципы медиации являются противоположными с точек зрения участников уголовного процесса; при этом участники медиации вынуждены действовать в этом напряженном поле. Привязка к структуре и контексту уголовного процесса не позволяет специалистам по медиации развить свою собственную логику действия. В настоящее время медиация вторична по отношению к уголовному праву, что значительно усложняет ее применение. Для эффективного разрешения конфликта может быть необходимо изменить само определение уголовного права, т. е. рассматривать конфликт в более широком смысле, как противоречие не только по отношению к норме, но и по отношению к обществу, что во многих случаях вполне возможно [123, с. 341].

Эффективное снижение уровня конфликтности требует учета личностного компонента, поэтому медиация неизбежно остается идеалистическим явлением. Следует различать медиацию при межличностных конфликтах и личностную терапию. Структура медиации подчинена структуре уголовного процесса, однако выходит за рамки юридического определения конфликта; при этом интерпретация конфликта между преступником и жертвой расширяется до пределов социального конфликта. Возможно, эта стадия не будет воспринята сторонами. «Истинный» конфликт может оказаться за пределами измерения «преступник – жертва», но решать его придется в рамках уголовной процедуры [122, с. 341].

Таким образом, процедура институционализируется парадоксальным образом. Поступает предложение участвовать в медиации, однако если предложение будет принято, то это нарушит нормы уголовного процесса. Решение следует усматривать в роли поддерживающих институтов вне системы уголовного права, например, консультационных центров или организаций по реабилитации преступников. Этот аспект говорит также об ограничениях медиации, особенно в отношении реинтеграции преступников в общество. Медиация способствует реинтеграции эмоций в процессе решения уголовного конфликта, но приходит в противоречие с традицией уголовного процесса, который не должен затрагивать эмоции. И все же роль эмоций становится важной темой исследований в криминологии [123–126].

London [7, с. 315] приводит подобный аргумент, но с более широкой точки зрения:

Восстановительное правосудие – это смелая и интересная инновация, объединившая усилия и возбудившая надежды реформаторов системы уголовного права во всем мире. Однако, хотя она и показала выдающиеся результаты в тысячах программ, она все же остается второстепенным явлением, поскольку не выработала теории и набора практических приемов, применимых к серьезным преступлениям и совершеннолетним преступникам.

Он перечисляет ряд проблем, которые необходимо решить для успешной медиации [127, с. 98]. Он также подчеркивает [127, с. 320], что успешная медиация благотворна для всех ее участников:

Для жертвы подход с точки зрения восстановления доверия предоставляет возможность по-настоящему возместить материальный и эмоциональный вред... Для общества это перспектива участвовать в решении проблем для достижения безопасности и разрешения конфликтов в будущем. Для преступника восстановление доверия повышает вероятность быть принятым в сообщество законопослушных людей путем демонстрации своей ответственности как за материальный ущерб, так и за моральные правонарушения в процессе совершенного преступления.

Имея положительные и обнадеживающие результаты реституции/медиации между преступником и жертвой, нужно обратить самое пристальное внимание на эту альтернативу наказаниям. Все современные правовые системы вынуждены решать проблему своего отношения к реституции между преступником и жертвой [54, с. 881]. Международное исследование Rössner [54, с. 894] отчетливо показало преимущества включения реституции во все системы уголовного наказания. Как обсуждалось выше, положительные результаты отмечаются в первую очередь потерпевшими. Таким образом, медиация – это не способ исцелить преступника за счет жертвы, как иногда утверждают критики, а мера, приносящая пользу обеим сторонам – как преступнику, так и жертве [4].

Медиация первоначально возникла с целью помощи потерпевшим, она предлагала им возможность найти какое-то решение после опыта виктимизации, а также возможность получить возмещение ущерба. Однако со временем обширные исследования отчетливо показали, что этой цели можно достичь лишь при условии профессионального подхода. Большинство потерпевших высказывают мнение, что они выиграли от участия в медиации; что они получили возможность преодолеть эмоциональный и материальный вред, нанесенный преступлением, в большей степени, чем при традиционном уголовном процессе.

Что касается влияния медиации на преступников, особенно на их повторную социализацию, то это более сложный вопрос, что не удивительно. Обычно медиация проводится в виде коротких – продолжительностью несколько часов – встреч, поэтому трудно ожидать устойчивого воздействия на преступников, особенно заключенных, ранее в течение долгого

времени подвергавшихся негативному социальному влиянию. Но медиация может сыграть важную роль в качестве одного из элементов комплексной программы ресоциализации наряду с другими мерами воздействия. При таком условии, учитывая важность эффективной ресоциализации преступников, необходима поддержка более активного использования и развития этого метода. Традиционный уголовный процесс демонстрирует ряд явных недостатков в отношении реинтеграции преступников, которые можно, по крайней мере частично, восполнить с помощью профессиональной медиации.

Список литературы / References

1. Braithwaite, J. Foreword // *Civilizing Criminal Justice: An International Restorative Agenda for Penal Reform* / Cornwell D., Blad, J., and Wright, M. Hook, Hampshire, Great Britain: Waterside Press, 2013. Pp. 11–14.
2. McElrea, F. Restorative Justice as Procedural Revolution: Some Lessons from the Adversary System // *Civilizing Criminal Justice: An International Restorative Agenda for Penal Reform* / Cornwell D., Blad, J., and Wright, M. Hook, Hampshire, Great Britain: Waterside Press, 2013. Pp. 81–115.
3. Kury, H., Kuhlmann, A. More Severe Punishment – or more Alternatives? Mediation in Western Countries. 2015.
4. Kury, H. Härtere Strafen – oder mehr Alternativen? Was ist die bessere Kriminalprävention // *Über allem: Menschlichkeit. Festschrift für Dieter Rössner* / Bannenberg B., Brettel, H., Freund, G., Meier, B.-D., Remschmidt, H., Safferling, C. Baden-Baden: Nomos, 2015. Pp. 240–258.
5. Clamp, K. Restorative Justice in transitional settings. London, New York: Routledge, 2016.
6. Johnstone, G., Van Ness, D. W. Handbook of Restorative Justice. Cullompton: Willan, 2007.
7. London, R. Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream. London, Boulder: First Forum Press, 2011.
8. Weitekamp, E., Kerner, H.-J. Restorative Justice. Theoretical Foundations. Cullompton/Devon, Portland/Oregon: Willan, 2002.
9. Hopt, K. J., Steffek, F. Mediation. Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
10. Kury, H. Zur (Nicht-)Wirkung von Sanktionen – Ergebnisse internationaler empirischer Untersuchungen // *Zur (Nicht-)Wirkung von Sanktionen. Immer härtere Strafen – immer weniger Kriminalität?* / Kury H., Scherr, A. Soziale Probleme, 2013. Pp. 11–41.
11. Braithwaite, J. Crime, shame and reintegration. Cambridge, UK: University Press, 1989.
12. Sessar, K. Restitution or punishment. An empirical study on attitudes of the public and the justice system in Hamburg // *Eurocriminology*. 1995. № 8. Pp. 199–214.
13. Sessar, K. Wiedergutmachen oder Strafen. Einstellungen in der Bevölkerung und der Justiz. Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1992.
14. Gromet, D. M. Psychological perspectives on the place of restorative justice in criminal justice systems // *Social Psychology of Punishment of Crime* / Oswald M. E., Bieneck, S., Hupfeld-Heinemann, J. Chichester: Wiley-Blackwell, 2009. Pp. 39–54.
15. Kury, H., Shea, E. Punitivity and Punishment – An Introduction // *Punitivity – International Developments* / Kury H., Shea, E. Bochum: Universitätsverlag Dr. Brockmeyer, 2011. Pp. 7–18.
16. Carrabine, E. Crime, Culture, and the Media. Malden, MA: Polity, 2011.
17. Hestermann, T. Fernsehgewalt und die Einschaltquote. Welches Publikumsbild Fernsehschaffende leitet, wenn sie über Gewaltkriminalität berichten. Baden-Baden: Nomos, 2010.
18. Hestermann, T. “Violence Against Children Sells Very Well”. Reporting Crime in the Media and Attitudes to Punishment // *Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, Reintegration. Suggestions for Succeeding Generations* / Kury H., Redo, S., Shea, E. Switzerland: Springer International Publishing, 2016. Pp. 923–947.
19. Jewkes, Y. Media & Crime. Los Angeles: Sage, 2008.
20. Kappeler, V. E., Potter, G. The Mythology of Crime and Criminal Justice. Long Grove, IL: Waveland Press, 2005.
21. Lummer, R. Restorative Justice EU-Projekt Konferenz an der Fachhochschule Kiel Arbeitsgruppen Ergebnisse // *Soziale Strafrechtspflege* Band. 2011. № 1. Pp. 235–242.
22. Walgrave, L. Restorative Justice, self-interest and Responsible Citizenship. Cullompton Willan, 2008.
23. Dölling, D., Entorf, H., Hermann, D., Rupp, T. Meta-Analysis of Empirical Studies on Deterrence // *Punitivity. International Developments* / Kury H., Shea, E. Bochum/Germany: Universitätsverlag Dr. Brockmeyer, 2011. Pp. 315–378.
24. Hermann, D., Dölling, D. General Prevention: Does It Work? // *Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, Reintegration. Suggestions for Succeeding Generations* / Kury H., Redo, S., Shea, E. Switzerland: Springer International Publishing, 2016. Pp. 3–22.

25. Wright, M. Is it time to question the concept of punishment? // *Repositioning Restorative Justice* / Walgrave L. Cullompton: Willan, 2003. Pp. 3–23.
26. Braithwaite, J. Between proportionality and impunity: confrontation – truth – prevention // *Criminology* 2005. № 43. Pp. 283–306.
27. Ostendorf, H. The Breakup of Dichotomy between Offender and Victim // *Restorative Justice – A European and Schleswig-Holsteinian Perspective*. Schleswig-Holstein Association for Social Responsibility in Criminal Justice; Victim and Offender Treatment, Schriftenreihe Soziale Strafrechtspflege / Lummer R., Hagemann, O., Tein, J., 2011. Pp. 24–33.
28. Kury, H. Im Gehirn des Bösen. Die spektakulärsten Fälle eines Gerichtsgutachters. München: Piper, 2014.
29. Weitekamp, E., Kerner, H.-J., Ehret, B., Aertsen, I., Parmentier, S., Vanfraechem, I., Fellegi, B., Windt, S., Barabás, T. Developing Peacemaking Circles in a European Context. Final Research Report // Project: JLS/2010/JPEN/AG/1609, Criminal Justice Programme, European Commission. 2013.
30. Kazakova, M. Анализ зарубежного опыта в области декомпозиции экономического роста на основе оценки производственных функций (The Analysis of Foreign Experience in The Field of Decomposition Economic Growth on the Basis of an Assessment Production Functions) // Available at SSRN 2259224. 2013.
31. Hopt, K. J., Steffek, F. Mediation – Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme // *Mediation. Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen* / Hopt K. J., Steffek, F. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. Pp. 3–102.
32. Grawe, K., Donati, R., Bernauer, F. Psychotherapie im Wandel. Von der Konfession zur Profession. Göttingen: Hogrefe, 1994.
33. Kiesler, D. J. Interpersonal theory for personality and psychotherapy // *Handbook of interpersonal psychotherapy* / Anchin J. C., Kiesler, D.J. New York: Pergamon, 1982. Pp. 3–24.
34. Palmer, N. Courts in conflict. Interpreting the layers of justice in post-genocide Rwanda. Oxford: Oxford University Press, 2015.
35. Olweus, D. Annotation: Bullying at School: Basic Facts and Effects of a School Base Intervention Program // *Journal of Child Psychology and Psychiatry*. 1993. № 35. Pp. 1171–1190.
36. Weitekamp, E. “Just Health” meets “Restorative Justice”. Ein Blick auf die historischen Wurzeln der Restorative Justice // *Über allem Menschlichkeit. Festschrift für Dieter Rössner* / Bannenberg B., Brettel, H., Freund, G., Meier, B.-D., Remschmidt, H., Safferling, C. Baden-Baden: Nomos, 2015. Pp. 564–570.
37. Braithwaite, J. Restorative Justice // *Internationales Handbuch der Kriminologie* / Schneider H. J. Berlin: DeGruyter, 2009. Pp. 53–98.
38. Menting, B., Lammers, M., Ruiters, S., Bernasco, W. Family matters: Effects of family members’ residential areas on crime location choice // *Criminology*. 2016. № 54. Pp. 413–433.
39. Mowen, T. J., Visher, C. A. Changing the Ties that Bind. How Incarceration Impacts Family Relationships // *Criminology & Public Policy*. 2016. № 15. Pp. 503–528.
40. Braithwaite, J., Pettit, P. Not just deserts: A republican theory of criminal justice. Clarendon Press Oxford, 1990.
41. Braithwaite, J. Restorative justice & responsive regulation. Oxford University Press on Demand, 2002.
42. Christie, N. Conflicts as Property // *British Journal of Criminology*. 1977. № 17. Pp. 1–26.
43. Walgrave, L. Integrating criminal justice and restorative justice // *Handbook of Restorative Justice* / Johnstone G., Van Ness, D.W. (Eds.). Cullompton: Willan Publishing, 2007. Pp. 559–557.
44. Heinz, W. Opfer und Strafverfahren // *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* / Kaiser G., Kerner, H.-J., Sack, F., Schellhoss, H. Heidelberg: C.F. Müller, 1993. Pp. 372–377.
45. Barton, C. K. B. Getting even: Revenge as a form of justice. Peru, IL Open Court Publishing, 1999.
46. Daly, K. Restorative justice: The real story // *Punishment and Society*. 2002. № 4. Pp. 5–39.
47. Duff, R. A. Restorative punishment and punitive restoration // *A restorative justice reader: Texts, sources and context* / Johnstone G. Portland, OR: Willan, 2003. Pp. 382–397.
48. Robinson, P. H. The virtues of restorative processes, the vices of restorative justice // *Utah Law Review*. 2003. № 1. Pp. 375–388.
49. Dignan, J. Restorative justice and the law: The case for an integrated, systemic approach // *Restorative Justice and the Law* / Walgrave L. Cullompton: Willan Publishing, 2002.
50. Frühauf, L. Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer. Eine neue Alternative in der strafrechtlichen Sanktionspraxis. Gelsenkirchen: Verlag Dr. Mannhold, 1988.
51. Hagemann, O. Restorative Justice: Concept, Ideas and Impediments // *Restorative Justice – A European and Schleswig-Holsteinian Perspective*. Schleswig-Holstein Association for Social Responsibility in Criminal Justice; Victim and Offender Treatment, Schriftenreihe Soziale Strafrechtspflege / Lummer R., Hagemann, O., Tein, J., 2011. Pp. 34–59, 151–178.
52. Burnside, J. Retribution and restoration in biblical texts // *Handbook of Restorative Justice* / Johnstone G., Van Ness, D.W. Cullompton: Willan, 2007. Pp. 132–148.

53. Sharpe, S. The idea of reparation // Handbook of Restorative Justice / Johnstone G., Van Ness, D.W. Cullompton: Willan, 2007. Pp. 24–40.
54. Rössner, D. Die Universalität des Wiedergutmachungsgedankens im Strafrecht // Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag am 14. November 1998. Kriminologie an der Schwelle zum 21 / Schwind H.-D., Kube, E., Kühne, H.-H. Jahrhundert. Berlin, 1998. Pp. 877–896.
55. Villmow, B. Staatliche Opferentschädigung // Kriminologische Forschung in den 80er Jahren / Kaiser G., Kury, H., Albrecht, H.-J. (Hrsg.). Freiburg, 1988. Pp. 1013–1041.
56. Villmow, B., Plemper, B. Praxis der Opferentschädigung. Pfaffenweiler: Centaurus 1989.
57. Villmow, B., Savinsky, A. L. Staatliche Opferentschädigung nach der Jahrtausendwende – statistische Daten, methodische Probleme und einige Anmerkungen zur gegenwärtigen Praxis des OEG // Festschrift für Jürgen Wolter. Berlin (im Erscheinen), 2013.
58. Schwind, H.-D. Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen. Heidelberg: Kriminalistik Verlag, 2016.
59. Barton, S. Strafrechtspflege und Kriminalpolitik in der viktimären Gesellschaft. Effekte, Ambivalenzen und Paradoxien. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2012. Pp. 11–137
60. Weigend, T. Die Strafe für das Opfer? – Zur Renaissance des Genugtungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht // Rechtswissenschaft. 2010. № 1. Pp. 39–57.
61. Schmidt, A. Strafe und Versöhnung. Eine moral- und rechtsphilosophische Analyse von Strafe und Täter-Opfer-Ausgleich als Formen unserer Praxis. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.
62. Sullivan, D., Tift, L. Needs-based Justice as Restorative // A Restorative Justice Reader / Johnstone G. London: Routledge, 2013. Pp. 208–216.
63. Henham, R. Sentencing. Time for a paradigm shift. London, New York: Routledge, 2014.
64. Gray, B., Lauderdale, P. The Web of Justice: Restorative Justice has Presented only Part of the Story // Wicazo Sa Review. 2006. T. 21:1 spring. Pp. 29–41.
65. Yazzi, R. Navajo Justice // Yes! Magazine: Powerful Ideas, Practical Solutions. 2000. URL: <http://www.yesmagazine.org/issues/is-it-time-to-close-the-prisons/navajo-justice?searchterm=Navajo+Justice>.
66. Wilhelm, R. I Ging: Das Buch der Wandlungen. Köln: Eugen Dietrichs Verlag, [1956] 1983.
67. PBS (Public Broadcasting Service). Fixing Juvie Justice. Lauren Abrahamson Community Conferencing Center; Pacific Islanders in Communications and National Geographic Television. Aired: August 13. 2013.
68. Akeredolu, O. The Indigenous African Criminal Justice System for the Modern World. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2016.
69. Bennett, T., Brems, E., Corradi, G., Nijzink, L., Schotsmans, M. African Perspectives on Tradition and Justice. Cambridge, GB: Intersentia, 2012.
70. Grinnell, G. B. The Fighting Cheyenne. New York: Charles Scribner's Sons, 1915.
71. Grinnell, G. B. The Cheyenne Indians: Their History and Ways of Life. Lincoln, NE: University of Nebraska Press, [1923], 1972
72. Grinnell, G. B. The Cheyenne Indians: War Ceremonies and Religion. Lincoln, NE: University of Nebraska Press, [1923], 1972.
73. Chagnon, N. The Yanomamo: A Case Study in Cultural Anthropology (6th Edition). Cengage Learning, 2012.
74. Hascall, S. Restorative Justice in Islam: Should Quisas Be Considered a Form of Restorative Justice? // Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law. 2011. T. 4:2. Pp. 35–80.
75. Gronfors, M. Institutional Non-Marriage in the Finnish Roma Community and Its Relationship to Roma Traditional Law // Gypsy Law: Romani Legal Traditions and Culture / Walter O., Weyrauch. Oakland, CA: University of California Press, 2001. Pp. 149–156.
76. Oswalt, W. This Land Was Theirs: A Study of Native Americans. New York: Oxford University Press, 2009.
77. Haviland, W., Prins, H. E., Walrath, D., McBride, B. Anthropology: The Human Challenge. Belmont, CA: Wadsworth, 2011.
78. Hoebel, A. The Law of Primitive Man: A Study of Comparative Legal Dynamics. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954.
79. Llewellyn, K. N., Hoebel, A. The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Norman, OK: University of Oklahoma Press, 1941.
80. Strickland, R. Fire and the Spirits. Norman, OK: University of Oklahoma Press, 1975.
81. Winfree, L. T. Peacemaking and community harmony lessons (and admonitions) from Navajo peacemaking courts // Restorative Justice: Theoretical Foundations / Weitekamp E., Kerner, H.-J. Cullompton: Willan Publishing, 2002. Pp. 285–307.
82. Schlesier, K. Die Wölfe des Himmels: Welterfahrung der Cheyenne. Köln: Diederichs Eugen, 1985.
83. Cornell, S. The Return of The Native. Native American Political Resurgence. New York: Oxford University Press, 1988.

84. Pommersheim, F. *Braid of Feathers: American Indian Law and Contemporary Tribal Life*. Berkely University of California Press, 1995.
85. Prucha, F. P. *Documents of United States Indian Policy*. University of Nebraska Press, 2000.
86. Meyer, J. *History Repeats Itself: Restorative Justice in Native American Communities* // *Journal of Contemporary Criminal Justice*. 1998. Т. 14:1. Pp. 42–57.
87. Wilkins, D. E. *American Indian Sovereignty and the Supreme Court: The Masking of Justice*. University of Texas Press, 2010.
88. Kuhlmann, A. *Collaborative Research in Biculturalism Among The Kickapoo Tribe of Oklahoma*. Unpublished Doctoral Dissertation. Lawrence, KS: University of Kansas, 1989.
89. Atkinson. *Memories of an Old Settler* // *Baraboo Daily News*. 1913. April 26.
90. Lurie, N. O. *Winnebago* // *Handbook of North American Indians* / Trigger B., Washington D.C.: Smithsonian Institute, 1978. Pp. 690–707.
91. Sullivan, D. *Navajo Peacemaking History, Development and Possibilities for Adjudication-Based Systems of Justice: An Interview with James Zion* // *Contemporary Justice Review*. 2002. № 5:2. Pp. 167–188.
92. Nielsen, M. O., Zion, J. W. *Navajo Nation Peacemaking*. Tuscon: University of Arizona Press, 2005.
93. Austin, R. D. *Navajo Courts and Navajo Common Law: A Tradition of Tribal Self-Governance*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2009.
94. Milward, D. *Not Just the Peace Pipe but also the Lance: Exploring Different Possibilities for Indigenous Control over Criminal Justice* // *Wicazo Sa Review*. 2008. Т. 23 (1). Pp. 97–122.
95. Zion, J. *Monster Slayers and Born for Water: The Intersection of Restorative Justice and Indigenous Justice* // *Contemporary Justice Review*. 1999. Т. 2 (4).
96. Kluckhohn, C., Leighton, D. *The Navajo*. Cambridge, MA: Harvard Press, [1946] 1974.
97. Ross, J. I., Gould, L. *Native Americans and the Criminal Justice System*. Boulder, CO: Paradigma, 2006.
98. Nagel, J. *American Indian Ethnic Renewal: Red Power and the Resurgence of Identity and Culture*. New York, N.Y: Oxford University Press, 1997.
99. Wilkins, D. E., Kiiwetinepinesiiik Stark H. *American Indian Politics and the American Political System*. Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 2011.
100. Pepinsky, H., Quinney, R. *Criminology as Peacemaking*. Bloomington, IN: Indiana University Press, 1991.
101. Van Ness, D. W. *Prisons and restorative justice* // *Handbook of restorative justice*. 2007. Pp. 312–324.
102. Yazzi, R. “Life Comes from It”: *Navajo Justice Concepts* // *New Mexico Law Review*. 1994. Т. 24.
103. Geske, J. *Restorative Justice: Giving Voice to the Voiceless*. Paper presented as the Mathilde Franziska Anneke Lecture on Social Justice. Free Congregation of Sauk County. 2013.
104. Barber, B. *Jihad vs. McWorld: Terrorism’s Challenge to Democracy*. Ballantine Books, 1996.
105. Philpott, D. *Just and Unjust Peace: An Ethic of Political Reconciliation*. 2012.
106. Erickson, D. *In the Spirit: Religious order tight-lipped about plans for Lake Monona property: Discrimination Claim* // *Wisconsin State Journal*. 2015.
107. Pakzad, B., Alipour, H. *Justice and Family Issues in Shia: Dealing with Domestic Violence* // *Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, Reintegration. Suggestions for Succeeding Generations* / Kury H., Redo, S., Shea, E. Switzerland: Springer International Publishing, 2016. Pp. 701–728.
108. Asli, M. R., Amrollahi Byouki M. *Forced Marriage in Islamic Countries: The Role of Violence in Family Relationships* // *Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, Reintegration. Suggestions for Succeeding Generations* / Kury H., Redo, S., Shea, E. Switzerland: Springer International Publishing, 2016. Pp. 729–753.
109. Mackay, R. *Punishment, guilt and spirit in restorative justice: an essay in legal and religious anthropology* // *Restorative Justice: Theoretical Foundations* / Weitekamp E., Kerner, H.-J. Cullompton: Willan Publishing, 2002. Pp. 247–266.
110. Ammar, N. H. *Restorative Justice in Islam: Theory and Practice* // *The Spiritual Roots of Restorative Justice* / Hadley M. Albany, N.Y.: State University of New York Press, 2001. Pp. 161–180.
111. Ergene, B. *Islamic Law in Action: A Historical Discussion* // *Law & Social Inquiry*. 2011. Т. 38:4. Pp. 1041–1057.
112. Rahami, M. *Islamic Restorative Traditions and Their Reflections in the Post-Revolutionary Criminal Justice System of Iran* // *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2007. Pp. 227–248.
113. Zehr, H. *Review: The Spiritual Roots of Restorative Justice by M.L. Hadley (Ed.) Albany, N.Y.” State University for New York Press, 2001* // *British Journal of Criminology*. 2003. Т. 43:3.
114. Alexander, M. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York, NY: The New Press, 2012.
115. Stevenson, B. *Just Mercy: A Story of Justice and Redemption*. New York, NY: Spiegel and Grau, 2014.
116. Goffman, A. *On the Run: Fugitive Life in an American City*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2014.

117. Erdrich, L. The Round House. New York: Harper, 1994.
118. DeLattre, G. Der Täter-Opfer-Ausgleich – die Praxis eines anderen Umgangs mit Straftaten // Mediation und Polizei / Senghaus P. Rothenburg/Oberlausitz: Sächsische Polizei, 2010. Pp. 81–102.
119. Hoyle, C., Young, R. New Visions of Crime Victims. Oxford, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2002.
120. Young, R. Testing the limits of restorative justice: the case of corporate victims // New Visions of Crime Victims, Oxford, Hart. 2002.
121. Sanders, A. Victim participation in an exclusionary criminal justice system // New Visions of Crime Victims. 2002. Pp. 197–222.
122. Tränkle, S. Im Schatten des Strafrechts. Eine Untersuchung der Mediation in Strafsachen am Beispiel des deutschen Täter-Opfer-Ausgleichs und der französischen médiation pénale auf der Grundlage von Interaktions- und Kontextanalysen. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.
123. Karstedt, S. Emotions and criminal justice // Theoretical Criminology. 2002. № 6. Pp. 299–317.
124. Karstedt, S. Emotions, crime and Justice: Exploring Durkheimian Themes // Sociological Theory and Criminological Research: Views from Europe and the United States / Deflem M. Amsterdam et al.: Elsevier, 2006. Pp. 223–248.
125. Karstedt, S. Handle with Care: Emotions, Crime and Justice // Emotions, Crime and Justice / Karstedt S., Loader, I., Strang, H. Oxford and Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011. Pp. 1–19.
126. Karstedt, S., Loader, I., Strang, H. Emotions, Crime and Justice. Oxford and Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011.
127. Ittner, H. Was ist eigentlich gerecht? // Report Psychologie 2013. T. 3. Pp. 98–99.

Дата поступления 24.10.2016

Дата принятия в печать 30.11.2016

Дата онлайн-размещения 29.12.2016

© Кульман А., Кури Г., 2016

Информация об авторах

Аннетт Кульман, профессор, факультет антропологии и социологии, Университет штата Висконсин-Барабу, шт. Висконсин, США

Адрес: 1006 Connie Road, Baraboo, WI 53578, USA

E-mail: Annette.Kuhlmann@uwc.edu

Контактное лицо:

Гельмут Кури, профессор, доктор, Doctor Honoris Causa мульт., кафедра криминологии (в отст.), Институт иностранного и Международного уголовного права Макса Планка, Фрайбургский университет, г. Фрайбург, Германия

Адрес: Waldstrasse 3, D-79194 Heuweiler, Germany

E-mail: helmut.kury@web.de

A. KUHLMANN¹

H. KURY²

¹ Department of Anthropology/Sociology, University of Wisconsin-Baraboo, Baraboo, USA

² University of Freiburg, Freiburg, Germany

RESTORATIVE JUSTICE AS AN ALTERNATIVE TO PENAL PUNISHMENT – EXPERIENCES FROM HISTORY

Objective: to analyze the history, formation and development of restorative justice (mediation).

Methods: the dialectic approach to the cognition of social phenomena, which allows to analyze them in their historical development and functioning, in the context of the unity of objective and subjective factors, determined the choice of research methods: formal-logical, comparative-legal, and sociological.

Results: this article provides an overview of the main themes and controversies in the restorative justice discussions in Europe and the US with special attention to the role of victims and mediators. This discussion is contextualized through a short description of the history of both state-centered and community-oriented restorative systems in response to law violation. Indigenous and pre-state formation responses to crime have predominantly been of a restorative nature with the interest in healing the harm experienced by all participants with the aim of addressing social problems and strengthening the community as a whole.

Кульман А., Кури Х. Восстановительное правосудие как альтернатива уголовным наказаниям – уроки истории
Kuhlmann A., Kury H. Restorative Justice as an Alternative to Penal Punishment – Experiences from History

Scientific novelty: for the first time the article proves that at the outset mediation was established to help victims, it was intended to offer them a possibility for some resolution after experiences of victimization and opportunities for restitution of the damages. The meanwhile broad research results show clearly that this aim can be reached if this measure is practised professionally. Most victims find that they benefit from participation in mediation; they have a better chance to overcome the emotional and material damage caused by the crime than in traditional penal procedures. **Practical significance:** the main provisions and conclusions of the article can be used in scientific and educational activity when considering the issues of the essence, content and functioning of restorative justice (mediation).

Keywords: Criminal law; Restorative justice; Mediation; Punitive justice; Ingenuous justice; Islamic law

Received 24.10.2016

Accepted 30.11.2016

Available online 29.12.2016

© Kuhlmann A., Kury H., 2016

Information about the authors

Annette Kuhlmann, Professor, Department of Anthropology/Sociology, University of Wisconsin-Baraboo, Baraboo, USA
Address: 1006 Connie Road, Baraboo, WI 53578, USA
E-mail: Annette.Kuhlmann@uwc.edu

Contact:

Helmut Kury, Prof. Dr. Dr. h.c. mult., University of Freiburg, Max Planck-Institute for Foreign and International Penal Law, Department of Criminology (ret.), Freiburg, Germany
Address: Waldstrasse 3, D-79194 Heuweiler, Germany
E-mail: helmut.kury@web.de

For citation: Kuhlmann A., Kury H. Restorative Justice as an Alternative to Penal Punishment – Experiences from History, *Actual Problems of Economics and Law*, 2016, vol. 10, No. 4, pp. 126–149 (in Russ.). DOI: 10.21202/1993-047X.10.2016.4.126-149

ПОЗНАНИЕ

Тенденции и закономерности развития современного российского общества: экономика, политика, социально-культурная и правовая сферы : материалы Всероссийской научно-практической конференции с международным участием. Чистополь, 15 апреля 2016 г. Часть I / Казанский инновационный университет им. В. Г. Тимирязова (ИЭУП). – Казань : Казанский инновационный университет им. В. Г. Тимирязова (ИЭУП), 2016. – 318 с.

В сборнике представлены материалы Всероссийской научно-практической конференции школьников, учителей, студентов, аспирантов и ученых. Тезисы и статьи студентов, аспирантов, музейных, педагогических работников и общественных деятелей, специализирующихся в филологической, исторической, философской и иных отраслях научных знаний. В работах представлены наиболее важные проблемы экономики, политики, социальной, культурной и правовой сфер.

Предназначен для студентов, аспирантов и ученых, а также всех, кто проявляет интерес к рассматриваемым проблемам.